



**RAPPORT DE M. BARINCOU,
CONSEILLER**

Arrêt n° 950 du 25 septembre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-11.860

**Décision attaquée : 8 décembre 2022 de la cour d'appel de
Versailles**

**La société SPB France
C/**

M. [C] [K]

Conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, les parties sont avisées que le rapport envisage la possibilité pour la chambre, au cas où elle retiendrait que les courriels du salarié relevaient exclusivement de sa vie personnelle, de relever d'office un moyen tiré de ce que, si le licenciement prononcé pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, **il n'encourt pas la nullité pour ce seul motif.**

Elles sont invitées à présenter leurs observations dans le délai d'un mois à compter de la mise en ligne du présent rapport

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [K] a été engagé, en qualité de country business manager France, à compter du 5 janvier 2004 par la société Tetra France, ultérieurement absorbée par la société Spectrum Brands France, devenue Varta Consumer France. Le salarié occupait en dernier lieu le poste de régional business director Tetra France.

Le 17 septembre 2015, le salarié a été mis à pied à titre conservatoire et convoqué à un entretien préalable.

Le licenciement du salarié, pour faute grave, lui a été notifié par lettre du 30 septembre 2015, son employeur lui reprochant des factures réglées en l'absence de contrats ou pour des prestations fictives, le remboursement de frais professionnels injustifiés, son implication dans une société tierce, un comportement déloyal et l'envoi de courriels contenant des images ou liens à caractère sexuel.

Le 23 novembre 2015, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour que son licenciement soit jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 5 mai 2017, le conseil de prud'hommes a débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné aux dépens ainsi qu'à payer une somme en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 6 juin 2019, la cour d'appel de Versailles a confirmé ce jugement, débouté le salarié de ses demandes supplémentaires et l'a condamné aux dépens ainsi qu'à payer une somme par application de l'article 700 du code de procédure civile.

Cet arrêt a été cassé et annulé en toutes ses dispositions par un arrêt du 2 février 2022 (Soc., 2 février 2022, n° 19-23.345) rédigé en ces termes :

6. Pour juger que le salarié avait commis une faute, l'arrêt retient que le salarié a adressé par la voie électronique à trois destinataires de sexe masculin étrangers à l'entreprise, des messages qui ne pouvaient être analysés sous l'angle d'un simple humour dès lors que l'illustration et les propos tenus étaient particulièrement vulgaires et dégradants pour les femmes et que les messages litigieux avaient une connotation sexuelle avérée. Il ajoute que ces messages contrevenaient à la charte destinée à prévenir le harcèlement sexuel dont le salarié avait eu connaissance, ce document rappelant que « les commentaires, blagues, images ou remarques et questions, que ce soit verbalement, par écrit ou envoyés par mail, non sollicités, dont la nature ou le contenu est sexuel, peuvent constituer du harcèlement sexuel (...) Ce type de conduite est impropre (...) Une telle attitude ne doit pas avoir lieu sur le lieu de travail, y compris durant les événements d'entreprise qui se déroulent en dehors du lieu de travail, les réunions, repas ou soirées professionnels. »

7. En statuant ainsi, par référence à la charte interne destinée à prévenir le harcèlement sexuel, alors qu'il résultait de ses constatations que les messages litigieux ne constituaient pas des faits de harcèlement sexuel, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Par arrêt du 8 décembre 2022, la cour d'appel de Versailles, autrement composée, a infirmé le jugement, prononcé la nullité du licenciement et condamné, en conséquence, l'employeur à payer au salarié diverses sommes.

L'employeur a formé un pourvoi le 8 février 2023.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 11 mai 2023 (article 700 : 4 000 euros).

Le mémoire en défense a été déposé le 11 juillet 2023 (article 700 : 4 000 euros).

2 - Analyse succincte des moyens

La société SPB France fait grief à l'arrêt de dire nul le licenciement et de la condamner, en conséquence, à verser au salarié diverses sommes à titre d'indemnité de préavis, outre les congés payés afférents, de rappel de salaire, outre les congés payés afférents, correspondant à la mise à pied conservatoire, au 13^{ème} mois et à un bonus sur objectifs, d'indemnité conventionnelle de licenciement, d'indemnité pour licenciement nul et de dommages et intérêts pour perte de chance du bénéfice d'actions gratuites et de la condamner à remettre au salarié une attestation Pôle Emploi, un certificat de travail et un bulletin de salaire ainsi qu'à lui payer une somme en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens de première instance et d'appel, alors :

« 1° / que pour dire le licenciement nul comme attentatoire à la liberté d'expression, la cour d'appel a tout d'abord rappelé d'une part, qu'il résultait de l'article L.1121-1 du code du travail et de l'article 10§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées et d'autre part, que le licenciement reposant, même partiellement, sur un motif lié à l'exercice non abusif de la liberté d'expression, est nul ; qu'ensuite, elle a successivement relevé que les mails avaient un caractère privé, qu'aucun fait n'était pénalement répréhensible, que les mails ne comportaient aucun contenu excessif, diffamatoire ou injurieux, que les mails n'apparaissaient pas stigmatisants et ne ciblaient aucune personne, qu'ils étaient étrangers à tout harcèlement sexuel, y compris en considération de la prévention de ceux-ci et que par ailleurs, l'interdiction de blagues et commentaires du seul fait de leur connotation sexuelle serait regardée comme portant en elle-même une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du salarié ; qu'en se déterminant de la sorte, au prix d'une confusion entre les exigences des dispositions de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article L.1121-1 du code du travail et de la limitation issue de l'abus, dont elle a fait, pour chacune, une application partielle et sans qu'il soit possible de déterminer selon quelle logique et quel fondement elle a statué, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle, a violé les articles 12 et 455 du code de procédure civile ;

2° / que selon l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. L'exercice de ces libertés

comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ; qu'en l'espèce, après avoir pourtant visé l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel s'est bornée, pour dire le licenciement nul comme attentatoire à la liberté d'expression, à relever que les mails avaient un caractère privé, qu'aucun fait n'était pénalement répréhensible, que les mails ne comportaient aucun contenu excessif, diffamatoire ou injurieux, que les mails n'apparaissaient pas stigmatisants et ne ciblaient aucune personne, qu'ils étaient étrangers à tout harcèlement sexuel y compris en considération de la prévention de ceux-ci et que par ailleurs, l'interdiction de blagues et commentaires du seul fait de leur connotation sexuelle serait regardée comme portant en elle-même une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du salarié ; qu'en se déterminant de la sorte, sans vérifier, ainsi que la commande la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'abord, si la mesure prise par l'employeur était prévue par la loi, ensuite, si elle était légitime et enfin, si elle était nécessaire dans une société démocratique au regard des restrictions expressément visées par l'article 10 §2 de la Convention, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

3° / que, en application de l'article L.1121-1 du code du travail, l'employeur peut apporter des restrictions à la liberté d'expression lorsque celles-ci sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'en l'espèce, pour dire le licenciement nul comme attentatoire à la liberté d'expression, la cour d'appel s'est bornée à relever que les mails avaient un caractère privé, qu'aucun fait n'était pénalement répréhensible, que les mails ne comportaient aucun contenu excessif, diffamatoire ou injurieux, que les mails n'apparaissaient pas stigmatisants et ne ciblaient aucune personne, qu'ils étaient étrangers à tout harcèlement sexuel, y compris en considération de la prévention de ceux-ci et que par ailleurs, l'interdiction de blagues et commentaires du seul fait de leur connotation sexuelle serait regardée comme portant en elle-même une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du salarié ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher et ainsi que l'y invitait l'employeur, si la sanction de la diffusion, par un salarié cadre dirigeant disposant d'un niveau élevé de responsabilités, depuis sa messagerie professionnelle, d'images et propos au contenu stigmatisant et attentatoire à la dignité de la femme à l'adresse d'au moins un de ses subordonnés, n'était pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché et notamment, si un employeur n'est pas tenu de sanctionner tout propos ou échange attentatoire à la dignité de la femme et de prévenir les agissements sexistes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

4° / que, en se bornant, pour se déterminer comme elle l'a fait, à considérer que le salarié n'avait pas usé de sa liberté d'expression de façon abusive, après avoir pourtant visé les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'article L.1121-1 du code du travail, lesquels ne limitent aucunement le contrôle des atteintes à la liberté d'expression à celui de l'abus, la cour d'appel a violé l'article 10

de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'article L.1121-1 du code du travail ;

5° / que l'usage abusif de la liberté d'expression est nécessairement caractérisé lorsqu'il est attentatoire à la dignité humaine et notamment à celle de la femme ; qu'en retenant que les messages diffusés par le salarié à partir de sa messagerie professionnelle ne comportaient aucun contenu excessif, cependant qu'étaient notamment en cause des propos et images stigmatisants et attentatoires à la dignité de la femme qu'il appartenait nécessairement à l'employeur de sanctionner, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L.1121-1 du code du travail et le principe selon lequel le salarié jouit dans l'entreprise de sa liberté d'expression dans la limite de l'abus ;

6° / qu'en se bornant à affirmer que les mails ne comportaient aucun contenu excessif, sans rechercher si la sanction de l'envoi de mails comportant des images attentatoires à la dignité de la femme, ne constituait pas une obligation pour l'employeur tenu d'assurer la protection de ses salariées contre les discriminations, le harcèlement sexuel, les agissements sexistes et plus particulièrement d'assurer la prévention de tels agissements, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L.1121-1 du code du travail et le principe selon lequel le salarié jouit dans l'entreprise de sa liberté d'expression dans la limite de l'abus ;

7° / qu'en se bornant à affirmer que les mails ne comportaient aucun contenu excessif sans à aucun moment tenir compte de la position du salarié dans la hiérarchie lequel était cadre dirigeant, de ce que les mails ont été notamment adressés à un de ses subordonnés et à des tiers de l'entreprise depuis sa messagerie professionnelle, du constat, dénoncé à l'unanimité, du sexisme ordinaire subi par les femmes dans le monde du travail et de son rôle dans les discriminations, harcèlement et violences qu'elles subissent, des luttes entreprises par les associations et les pouvoirs publics pour qu'il soit mis fin aux propos et agissements stigmatisants à l'endroit des femmes et attentatoires à leur dignité et plus généralement, de la nécessité de protéger la dignité de la femme, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L.1121-1 du code du travail et le principe selon lequel le salarié jouit dans l'entreprise de sa liberté d'expression dans la limite de l'abus ;

8° / que, en retenant, pour se déterminer comme elle l'a fait, qu'étaient seulement en cause des blagues et commentaires humoristiques vulgaires et graveleux, cependant que la photo du radar comme le calendrier véhiculaient une image stéréotypée, dégradante et attentatoire à la dignité de la femme, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a violé l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L.1121-1 du code du travail et le principe selon lequel le salarié jouit dans l'entreprise de sa liberté d'expression dans la limite de l'abus ;

9° / que, en affirmant encore que les mails adressés par le salarié avait un caractère privé alors qu'ils avaient été envoyés depuis la messagerie professionnelle et notamment, à un des salariés de l'entreprise et à des tiers à celle-ci, de sorte qu'ils étaient nécessairement rattachables à la vie professionnelle, la cour d'appel a derechef violé l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L.1121-1 du code du travail et le principe selon lequel le salarié jouit dans l'entreprise de sa liberté d'expression dans la limite de l'abus.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Pouvoir disciplinaire de l'employeur et caractère privé de mails, envoyés depuis une messagerie professionnelle.

Contrôle de l'atteinte à la liberté d'expression.

Liberté d'expression et atteinte à la dignité de la femme.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 La protection de la liberté d'expression du salarié et son contrôle

La liberté d'expression est garantie et protégée notamment par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Pour ce qui concerne plus spécialement les salariés, l'article L. 1121-1 du code du travail dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

La chambre sociale rappelle régulièrement que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché peuvent être apportées » (Soc., 28 avril 2011, n° 10-30.107, Bull., n° 96).

Elle juge que l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression n'est caractérisé que par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs. (Soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734, Bull., n° 95). Il s'agit d'une jurisprudence constante et la chambre, qui contrôle la notion d'abus dans l'exercice de la liberté d'expression, censure les décisions retenant un tel abus sans le caractériser par l'emploi de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs (Soc., 22 septembre 2021, n° 19-24.705 ; Soc., 24 novembre 2021, n° 20-18.143 ; Soc., 28 septembre 2022, n° 20-21.499 ; Soc., 11 octobre 2023, n° 22-15.138 ; Soc., 8 novembre 2023, n° 21-25.990).

Un licenciement prononcé, malgré cela, pour un motif lié à un exercice non abusif par le salarié de sa liberté d'expression est sanctionné par la nullité (Soc., 16 février 2022, n° 19-17.871, publié) et, faisant application de la théorie dite du « motif contaminant », la chambre sociale a récemment jugé que « le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le

salarié de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement » (Soc., 29 juin 2022, n° 20-16.060, publié¹).

Comme dans toutes les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités, les employeurs sanctionnent, le plus souvent, des propos par lesquels le salarié formulent des critiques à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie ou de ceux qui y travaillent. Tel était aussi le cas dans l'affaire Clavaud, ouvrier qui s'était exprimé en dehors de l'entreprise sur ses conditions de travail, à l'occasion de laquelle la chambre sociale a jugé que « l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce dans toute sa plénitude, sauf abus » (Soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, Bull., n° 257).

La jurisprudence de la chambre sociale est parfois critiquée par la doctrine, certains auteurs estimant qu'elle ne permet pas une protection suffisante de la liberté d'expression et nombreux sont ceux qui lui reprochent son imprécision :

(...) les juridictions du travail refusent de se laisser enfermer dans un principe de légalité qui leur interdirait de sanctionner d'autres abus de liberté d'expression. Elles invoquent souvent un triptyque mystérieux mais plein de souplesse, parlant de « propos injurieux, diffamatoires ou excessifs ». Il faut une certaine audace pour définir ainsi l'abus en parlant d'excès ! Cela garantit néanmoins aux conseils de prud'hommes une grande marge d'appréciation.²

Dans un article de synthèse consacré à la liberté d'expression du salarié, le professeur Loiseau écrit que la chambre sociale reconnaît au salarié un droit de critique en lien avec l'activité professionnelle et les conditions de son exercice, sous réserve d'un éventuel abus constitué par l'atteinte à la réputation, à l'honneur ou à la considération d'autrui, en soulignant lui aussi la difficulté liée à la définition de l'abus par l'excès :

L'abus de la liberté d'expression est caractérisé, selon la Cour de cassation, par la tenue de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs. Cette déclinaison des manifestations de l'abus peut laisser dubitatif. Les premières de ces manifestations constituent en effet des infractions légalement définies dont la caractérisation se suffit à elle-même pour incriminer les propos tenus par le salarié. Il ne sert donc à rien de qualifier d'abus ce qui est en soi punissable indépendamment de toute considération d'une liberté dévoyée dans son exercice. Rappelons que la diffamation est définie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne auquel le fait est imputé. Et le même texte définit l'injure comme toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. Ne resterait alors que l'excès pour caractériser l'abus, mais l'on perçoit immédiatement que cette conception renferme une tautologie : est abusif ce qui est excessif, les termes bégaient pour exprimer l'idée d'un dépassement du degré de légitimité dans l'exercice de la liberté. Dans ces conditions, il est plus

¹ L'[avis de l'avocat général](#) a été publié sur le site internet de la Cour de cassation

² E. Dreyer, La loi sur la liberté de la presse n'est pas applicable quand le salarié abuse de sa liberté d'expression dans l'exécution de son contrat de travail, JCP n° 39, 27 septembre 2006, II 10157

*opportun de dégager l'abus des applications qui en sont faites. Une constante apparaît aussitôt : ce qui fait l'abus, c'est l'atteinte à la réputation, à l'honneur ou à la considération d'autrui. L'article 10, § 2, de la Convention EDH retient d'ailleurs la protection de la réputation pour admettre que l'atteinte à celle-ci puisse justifier une sanction de l'exercice de la liberté d'expression. Quant à l'atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne, elle est présente dans la définition de la diffamation.*³

Cette critique de la caractérisation de l'abus de l'exercice de la liberté d'expression par la chambre sociale est reprise par plusieurs auteurs comme, par exemple, le professeur Tournaux :

*La frontière entre les propos protégés par la liberté d'expression et ceux qui revêtent un caractère abusif est délicate à tracer et donne lieu à un contentieux casuistique, cela pour plusieurs raisons. Si, d'abord, l'injure et la diffamation sont bien définies par la loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, l'excès est sensiblement plus difficile à appréhender et ressemble, d'ailleurs, beaucoup à l'abus lui-même. On notera qu'il n'est pas, à proprement parler, fait ici application de la théorie de l'abus de droit telle qu'elle est habituellement envisagée : le juge judiciaire ne recherche, généralement, pas si le droit a été exercé avec intention de nuire ou légèreté blâmable. Ensuite, la Chambre sociale de la Cour de cassation mobilise plusieurs indices pour caractériser l'abus reproché au salarié. Le caractère humoristique ou sarcastique des propos influence, parfois, la qualification d'abus, tout comme le caractère ponctuel ou répété des propos déplacés ou le fait que les propos soient spontanés ou résultent d'une réaction à un comportement de l'employeur. C'est, toutefois, le caractère public ou privé des propos tenus qui paraît avoir la plus grande incidence sur la caractérisation de l'abus. La diffusion au public ou à des tiers à l'entreprise de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs permet plus aisément la reconnaissance d'un abus de la liberté d'expression que les propos tenus en cercle fermé auprès de collègues ou à l'endroit de l'employeur lui-même.*⁴

Dans une affaire où il ne s'agissait pas d'apprécier une critique formulée par le salarié à l'encontre de son entreprise ou des personnes y travaillant, la chambre sociale a procédé à une autre forme de contrôle en jugeant :

La rupture du contrat de travail, motivée par des propos tenus par le salarié, constituant une ingérence de l'employeur dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il appartient au juge de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique, et, pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif.

³ G. Loiseau, *La liberté d'expression du salarié*, RDT 2014, p.396

⁴ S. Tournaux, *Liberté d'expression du salarié sur internet, à quand une position claire ?*, Lexbase Social, mai 2015, n° 613 commentant : Soc., 6 mai 2015, n° 14-10.781 (dans le même sens : S. Tournaux, *Abus de liberté d'expression sur internet : des caractères encore trop incertains*, Lexbase Social, mai 2018, n° 740 à propos de Soc., 11 avril 2018, n° 16-18.590)

Doit être approuvé l'arrêt qui, ayant fait ressortir que le licenciement, fondé sur la violation par le salarié d'une clause de son contrat de travail d'animateur, poursuivait le but légitime de lutte contre les discriminations à raison du sexe et les violences domestiques et celui de la protection de la réputation et des droits de l'employeur, en a déduit, compte tenu de l'impact potentiel des propos réitérés du salarié, reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes, sur les intérêts commerciaux de l'employeur, que cette rupture n'était pas disproportionnée et ne portait donc pas une atteinte excessive à la liberté d'expression du salarié.
Soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852, publié (arrêt Tex)⁵

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme invite effectivement à garantir la protection de la liberté d'expression en procédant par trois étapes successives, dès lors qu'il a été constaté que la mesure contestée, en l'espèce le licenciement, constitue une ingérence de l'employeur dans la liberté d'expression du salarié.

Ces étapes peuvent être, comme le propose le guide de la CEDH sur l'application de l'article 10⁶, énumérées de la manière suivante :

1. L'ingérence est-elle **prévue par la loi** (au sens de la jurisprudence de la CEDH) ?
2. Cette ingérence poursuit-elle l'un des **buts légitimes**, limitativement énumérés au second paragraphe de l'article 10 de la Convention ?
3. La **nécessité** de l'ingérence dans une société démocratique est-elle, en l'espèce, caractérisée conformément aux critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme laquelle exige notamment que cette ingérence réponde à un « besoin social impérieux » et que la mesure retenue soit proportionnée au but légitime poursuivi.

Cette dernière étape suppose de procéder à une mise en balance dès lors que se trouvent en conflit deux droits protégés par la Convention.

A la suite de l'arrêt Tex précité, le professeur Fabre s'est interrogé sur un éventuel changement de régime de la liberté d'expression en envisageant un passage d'un contrôle de l'abus par le salarié de l'exercice de sa liberté d'expression à un contrôle de l'atteinte portée à cette même liberté par l'employeur. Il introduit son article, auquel répond immédiatement celui du professeur Adam, dans les termes suivants :

Quel enseignant ou praticien n'a-t-il pas éprouvé ce malaise : cela fait plus de vingt ans que la Cour de cassation énonce avec constance que les restrictions à la liberté d'expression du salarié doivent répondre aux exigences de l'article L. 1121-1 du Code du travail alors que dans la majeure partie des décisions, c'est à un contrôle de l'abus que se livrent les juges. Au point de susciter l'interrogation : avec un tel régime d'exception, cette liberté n'occupe-t-elle pas une place à part parmi les droits fondamentaux ? L'arrêt rendu par la chambre sociale dans l'affaire Tex pourrait néanmoins avoir mis

⁵ Commenté notamment par : JP. Marguénaud et J. Mouly, À propos de l'arrêt Tex : l'humour de Pierre Desproges est mort. Étonnant non ?, D. 2022. 1191 ou B. Bossu, Liberté d'expression d'un animateur de télévision et plaisanterie sexiste, JCP S 2022. 1160.

⁶ [Guide](#) sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, août 2022, p. 22 s.

fin à cette anomalie. Reprenant à son compte la grille de contrôle que la Cour européenne des droits de l'homme a tracée sur le fondement de l'article 10 de la Convention, la haute juridiction semble avoir changé le régime des limites à la liberté d'expression : délaissant la recherche d'un abus qualifié (propos injurieux, diffamatoires ou excessifs), elle paraît s'intéresser à « l'ingérence » commise par l'employeur à travers le prononcé d'un licenciement, ingérence dont il faudrait apprécier la nécessité. À cette thèse que nous développons dans la première étude, Patrice Adam a souhaité réagir en proposant une autre lecture de la décision et de sa portée : les limites de l'abus et de l'atteinte ne seraient pas aussi éloignées qu'il y paraît ; plutôt que de les opposer, comme le suggérerait la bascule évoquée plus haut, il faudrait au contraire prendre conscience de ce qui les rapproche, les contrôles de l'abus et de l'atteinte se complétant nécessairement. Espérons que les lecteurs trouveront dans cet échange singulier de quoi alimenter leurs réflexions.⁷

4.2 Utilisation de la messagerie professionnelle et vie personnelle du salarié

Au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L. 1121-1 du code du travail, la chambre sociale a jugé, dès 2001, que le respect de l'intimité de la vie privée du salarié, qui implique le secret des correspondances, interdit à l'employeur de « prendre connaissance du contenu des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur » (Soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942, Bull., n° 291 - Arrêt Nikon).

Toutefois, les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence (Soc., 18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull., n° 308 ou Soc., 21 octobre 2009, n° 07-43.877, Bull., n° 226).

Comme le souligne le professeur Bossu⁸, le droit ainsi reconnu à l'employeur de prendre connaissance d'un courriel émis ou reçu par le salarié ne signifie pas qu'il peut toujours se prévaloir de son contenu dans une procédure disciplinaire : si les messages échangés relèvent de la sphère privée, l'employeur ne peut les utiliser à l'encontre du salarié :

Mais attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée ;

⁷ A. Fabre et P. Adam, *Liberté d'expression du salarié : de l'abus à l'atteinte*, Rev. trav. 2022. 492

⁸ B. Bossu, *la messagerie personnelle du salarié est protégée par le secret des correspondances*, JCP S. n° 10, p. 1087 (note sous : Soc., 26 janvier 2016, n° [14-15.360](#))

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que les messages d'ordre privé échangés par le salarié avec une collègue de l'entreprise étaient pour la plupart à l'initiative de celle-ci, notamment celui contenant en pièce jointe non identifiée des photos érotiques, et que l'intéressé s'était contenté de les conserver dans sa boîte de messagerie sans les enregistrer ni les diffuser, a, nonobstant le motif erroné critiqué par les deux premières branches et répondant ainsi à la recherche prétendument omise, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;
Soc., 5 juillet 2011, n° 10-17.284⁹

Cette solution doit être rapprochée de celle adoptée en ce qui concerne un courrier en forme classique : si l'employeur avait pu, en l'absence de toute mention signalant son caractère privé, ouvrir un courrier adressé à un salarié sur son lieu de travail, il ne pouvait pas ensuite le sanctionner au motif qu'il avait découvert que l'enveloppe contenait une revue destinée à des couples échangistes, même si d'autres salariés s'en étaient offusqués. La Cour de cassation indique à ce propos que l'employeur ne pouvait pas, « sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire » (Ch. mixte., 18 mai 2007, n° 05-40.803, Bull., n° 3).

La chambre sociale juge en effet, de manière constante, que « ne peut constituer une faute du salarié un fait relevant de sa vie personnelle » (Soc. 16 décembre 1997, n° 95-41.326, Bull., n° 441) ou encore qu'un « fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire » (Soc., 23 juin 2009, n° 07-45.256, Bull., n° 160). Comme le souligne le professeur Mouly, un fait de la vie personnelle « se situe normalement « hors du champ contractuel » défini par les parties et ne peut, en conséquence, entrer dans la sphère des pouvoirs dont l'employeur dispose en sa qualité de chef d'entreprise ».¹⁰

La solution vient d'être réaffirmée par l'assemblée plénière :

4. La Cour de cassation juge qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut justifier, en principe, un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail (Soc. 3 mai 2011, n° 09-67.464, Bull. 2011, V, n° 105 ; Soc. 30 septembre 2020, n° 19-12.058, publié ; Soc. 4 octobre 2023, n° 21-25.421, publié).

5. En l'espèce, l'arrêt constate que, par lettre du 9 décembre 2015, M. D. a été licencié pour faute grave en raison de propos échangés lors d'une conversation privée avec une collègue au moyen de la messagerie intégrée au compte Facebook personnel du salarié installé sur son ordinateur professionnel.

6. Une conversation privée qui n'était pas destinée à être rendue publique ne pouvant constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de travail, il en résulte que le licenciement, prononcé pour motif disciplinaire, est insusceptible d'être justifié.

7. Le moyen, pris d'une méconnaissance du droit à la preuve de l'employeur, est, dès lors, inopérant.

⁹ J. Mouly, *Fait de la vie personnelle : pas de licenciement disciplinaire*, JCP S. N° 19, 10 mai 2011, 1230

¹⁰ J. Mouly, *Fait de la vie personnelle : pas de licenciement disciplinaire*, JCP S 2011. 1230

8. Par ce motif de pur droit, substitué à ceux justement critiqués, dans les conditions prévues par les articles 620, alinéa 1er, et 1015 du code de procédure civile, la décision se trouve légalement justifiée.

Ass. plén., 22 décembre 2023, n° 21-11.330

En dehors de l'hypothèse dans laquelle un fait de la vie personnelle du salarié caractériserait en outre un manquement de sa part à une obligation découlant de son contrat de travail, la jurisprudence de la chambre sociale retient qu'une sanction peut toutefois être prononcée par l'employeur, pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié, lorsque ces mêmes faits se rattachent à sa vie professionnelle (Soc. 27 juin 2001, n° 99-45.121 ; Soc. 8 novembre 2011, n° 10-23.593 ; Soc., 28 septembre 2016, 15-17.542 ; Soc., 8 juillet 2020, n° 18-18.317, publié sur un autre moyen).¹¹

Commentant le dernier arrêt cité, le professeur Loiseau relève que la chambre sociale n'avait jusqu'alors fait qu'une utilisation « sporadique » de ce rattachement d'un fait de la vie privée à la vie professionnelle justifiant un licenciement disciplinaire et écrit qu'on ne peut pas « vraiment parler d'une jurisprudence de la chambre sociale au sujet de ce qui se présente davantage comme un expédient occasionnel que comme une construction élaborée pour piloter le traitement des litiges ». Il conclut son article en ces termes :

*Ce cas à part, il ne faudrait pas qu'un réaménagement des règles du licenciement autour de la notion de fait se rattachant à la vie professionnelle se solde par une réduction de la protection de la vie privée des salariés, ou soit instrumentalisé à cet effet. L'objectif n'est pas que le domaine du licenciement pour un fait commis dans le cadre de la vie personnelle gagne du terrain par rapport à celui de la protection de la vie privée. Il est de rationaliser les règles préservant les intérêts de l'entreprise lorsque ces intérêts sont affectés par le fait fautif du salarié, et ce dans un esprit d'équilibre, ou de balance des intérêts, avec les intérêts des salariés au respect de leur vie personnelle. Spécialement, s'il est concevable qu'un fait du salarié puisse être rattaché à sa vie professionnelle en raison de ses effets sur l'activité de l'entreprise, encore faut-il que les circonstances fassent ressortir un lien avec l'exécution de la relation de travail qui serait impactée.*¹²

Pour sa part, le professeur Mouly conclut son commentaire de ce même arrêt de la manière suivante :

En fin de compte, on peut redouter qu'une utilisation trop systématique de la notion de rattachement à la vie professionnelle soit un moyen pour les juges de réintroduire dans le champ du disciplinaire des licenciements en réalité fondés sur l'existence d'un trouble objectif dans l'entreprise. Le risque est patent lorsque, comme en l'espèce, la faute du salarié relève de sa vie personnelle et ne constitue pas un manquement aux obligations nées du contrat de travail. En réalité, la notion de rattachement à la vie professionnelle

¹¹ En plus des notes citées *infra*, on peut lire aussi les commentaires, critiques, de B. Dabosville, *Vie personnelle du salarié et droit disciplinaire : la forteresse menace ruine*, RDT 2020.611 ou P. Adam, *La protection de la vie personnelle du travail : le rattachement, ce « passe-muraille »*, RDT, 2021.186

¹² G. Loiseau, *Le licenciement pour un fait se rattachant à la vie professionnelle*, JCP S 2020. 3011

ne devrait plus aujourd'hui jouer qu'un rôle marginal, lorsqu'il s'agit, comme dans l'arrêt rapporté, de sauver des licenciements justifiés par un trouble objectif, mais que l'employeur a malencontreusement fondés sur la faute disciplinaire du salarié - et encore faudrait-il s'assurer que le salarié ne se trouve pas indûment privé de son droit au préavis et à l'indemnité de licenciement. C'est en tout cas ce rôle d'« expédient » (G. Loiseau, note préc.) que la Cour faisait jouer à cette notion de rattachement à la vie professionnelle depuis le revirement de 2011. Elle devrait à l'avenir y demeurer cantonnée.¹³

Commentant l'arrêt précité de la chambre mixte du 18 mai 2007, le professeur Loiseau évoque à ce sujet un devoir « d'indifférence de l'employeur » :

La sphère de la vie privée s'affiche résolument comme le sanctuaire de la personne dans son existence au travail : l'employeur ne peut s'y intéresser, tant à l'occasion de l'embauche que dans le cours de la relation de travail, et, aurait-il connaissance d'une donnée qui en relève, il est tenu d'en faire spontanément abstraction. (...) Toute correspondance privée, quel que soit le contenu qui lui donne ce caractère, doit en effet pouvoir compter, encore qu'elle ait été fortuitement ouverte, sur le devoir d'indifférence de l'employeur. Il n'est pas discutable qu'un salarié ne peut être sanctionné disciplinairement pour un fait relevant de sa vie privée, tout simplement parce qu'il n'y a pas de faute qui lui soit imputable lorsqu'on prétend la faire dériver d'un tel fait : d'une certaine manière, accepter de sanctionner en pareil cas une faute reviendrait à permettre de juger la vie privée du salarié, ce qui est exorbitant des compétences de l'employeur.¹⁴

Commentant trois arrêts rendus par la chambre sociale le 2 février 2011¹⁵, le professeur Martinon relevait que, si le principe selon lequel un fait relevant de la vie personnelle du salarié ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire est clair, une opération de qualification est indispensable pour tracer la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle. Il poursuivait en écrivant :

L'exigence apparaît d'autant plus nécessaire que le recours aux nouvelles technologies facilite (et libère) la parole de certains salariés : les propos maladroits (parfois injurieux) ne produisent pas les mêmes effets sur le contrat selon qu'ils ont une résonance privée ou professionnelle. Le développement du numérique complique la démarche, alimente le contentieux. (...) Dans ce contexte, il faut saluer l'effort de qualification entrepris par la Cour de cassation dans trois arrêts en date du 2 février 2011 : le courriel, en rapport avec l'activité professionnelle du salarié, ne revêt pas un caractère privé. La formule employée élargit considérablement le champ de la sphère professionnelle. Ainsi, ce n'est pas le destinataire des propos qui détermine le caractère privé ou professionnel ; c'est leur contenu, selon qu'ils sont ou non « en rapport avec l'activité professionnelle ». Cette solution n'est pas totalement nouvelle : dans des termes différents, la Cour de cassation

¹³ J. Mouly, *Licenciement et vie privée : la réactivation de la notion de rattachement à la vie professionnelle ?*, *Droit social* 2020. 961

¹⁴ G. Loiseau, *JCP*, n° 28 du 11 juillet 2007, *Respect dû à la vie privée du salarié et étendue du pouvoir disciplinaire de l'employeur*

¹⁵ Soc., 2 février 2011, n° [09-72.449](#) ; Soc., 2 février 2011, n° [09-72.450](#) et Soc., 2 février 2011, n° [09-72.313](#)

avait déjà approuvé la sanction liée à des propos injurieux se « rattachant à la vie de l'entreprise » (Soc., 10 décembre 2008, n° 07-41.820, Bull., n° 245 ; JCP S 2009, 1083, note M. Caron). La technique rappelle celle utilisée par le législateur pour identifier l'accident de travail (celui survenu par le fait ou à l'occasion du travail, CSS, art. L. 411-1). La comparaison est encore plus évidente dans l'un des arrêts (n° 09-72.313), la Cour de cassation suggérant que le message professionnel en rapport avec l'activité professionnelle est celui « envoyé par le salarié aux temps et lieu de travail ». Le rapprochement montre aussi les dangers de la méthode : à l'instar de la définition d'un accident de travail, la casuistique pourrait envahir la qualification du message professionnel.¹⁶

L'auteur du Jurisclasseur Communication expose que la jurisprudence est précise sur les conditions dans lesquelles l'employeur peut, ou non, prendre connaissance des courriers électroniques enregistrés sur la messagerie professionnelle du salarié mais qu'il « est permis de se demander si le contenu d'un tel message peut servir de fondement à une sanction disciplinaire » en relevant que « dans les cas où les messages sont strictement fondés sur des considérations personnelles, la jurisprudence tend à considérer qu'une sanction ne peut être prise en se fondant sur leur contenu » mais en exposant ensuite la diversité des solutions retenues en fonctions des situations concrètes rencontrées.¹⁷

La chambre sociale a jugé, toujours en 2011, qu'un salarié ne peut pas être licencié en raison des troubles engendrés dans l'entreprise par le transfert, à certains de ses collègues, de messages personnels par courrier électronique en confirmant une nouvelle fois qu'un fait de la vie personnelle, occasionnant un trouble dans l'entreprise, ne peut pas justifier un licenciement disciplinaire (Soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, Bull., n° 69).

Le professeur Mouly a commenté cet arrêt en observant :

L'employeur avait eu le tort de fonder le licenciement sur une faute grave sans reprocher au salarié une faute disciplinaire distincte de la création d'un trouble caractérisé. On pouvait pourtant se demander, en l'occurrence, si une telle faute n'existait pas puisque le salarié avait utilisé le réseau informatique de l'entreprise à des fins personnelles, pendant son temps de travail, pour envoyer aux autres membres de l'entreprise des messages relatifs au conflit qui l'opposait à l'employeur. La cour d'appel avait d'ailleurs relevé que, s'agissant sur ces points de faits commis « au temps et lieu de travail », la notion de trouble caractérisé, réservée aux faits relevant de la vie personnelle, n'avait pas lieu de s'appliquer.¹⁸

Il semble ressortir de l'analyse des arrêts rendus par la chambre et des commentaires apportés par la doctrine que le rattachement d'un courriel à la vie professionnelle est principalement lié à son contenu, en rapport ou non avec le

¹⁶ A. Martinon, *Message personnel ou professionnel : à la recherche d'une frontière*, JCP S, n° 22-23 du 31 mai 2011

¹⁷ F. Bitan, *Jurisclasseur Communication*, Fasc. 631 : *Le courrier électronique, objet de contrôles et de protections*

¹⁸ J. Mouly, *Fait de la vie personnelle : pas de licenciement disciplinaire*, JCP S, n° 19, 10 Mai 2011, 1230

travail, plus qu'aux circonstances dans lesquelles il a été rédigé ou des moyens informatiques, même professionnels, utilisés à cette fin.

Les arrêts précités du 2 février 2011 relèvent d'ailleurs que les courriels litigieux étaient « en rapport avec l'activité professionnelle » des salariés lesquels y mettaient en cause leur hiérarchie (Soc., 2 février 2011, n° 09-72.449 ; Soc., 2 février 2011, n° 09-72.450 et Soc., 2 février 2011, n° 09-72.313).

Il convient toutefois de noter que la chambre sociale a pu retenir que « le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave » et casser en conséquence l'arrêt de la cour d'appel ayant jugé qu'il n'était pas établi que le courriel litigieux avait été envoyé dans le cadre des fonctions du salarié. (Soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 03-45.269, Bull., n° 152).

4.3 La prohibition des propos sexistes

☞ Conformément à la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, le code du travail prohibe tout harcèlement sexuel dans l'entreprise. La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a entièrement redéfini cette notion : l'article L. 1153-1 du code du travail interdisait auparavant « les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » alors qu'il appréhende désormais les comportements répréhensibles en raison de leurs effets sur la victime, qu'il s'agit de protéger, et non plus de l'objectif poursuivi par leur auteur.

En toute hypothèse, ainsi que l'a rappelé l'arrêt du 2 février 2022 (n° 19-23.345) ayant cassé le premier arrêt rendu dans la présente affaire, ces dispositions ne sont applicables que lorsqu'un salarié est victime des faits de harcèlement.

Il en va d'ailleurs de même en ce qui concerne les agissements sexistes ultérieurement introduits par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social dont est issu l'article L. 1142-2-1 du code du travail qui dispose :

*Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.*¹⁹

Il reste intéressant de relever que la chambre sociale juge que des faits de harcèlement sexuel constituent une faute grave (Soc. 5 mars 2002, n° 00-40.717, Bull., n° 83 ; Soc., 24 septembre 2008, n° 06-46.517, Bull., n° 177 ou, plus récemment : Soc., 13 juillet 2017, n° 16-12.493). La jurisprudence du Conseil d'Etat paraît aller dans le même sens (CE, 24 novembre 2006, n° 182374 ou 7 octobre 2022, n° 450492, publié au recueil Lebon).

¹⁹ Le mémoire en défense souligne que ce texte a été introduit dans le code du travail après les faits reprochés au salarié

Sans viser les textes relatifs au harcèlement sexuel ou aux agissements sexistes, la chambre sociale a jugé que des propos dégradants à caractère sexuel, tenus par un salarié à l'encontre de l'une de ses collègues de travail, sont de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise (Soc., 27 mai 2020, n° 18-21.877). Elle s'est prononcée dans le même sens en ce qui concerne des « propos blessants à connotation raciste et sexiste, tenus par le salarié vis à vis de ses subordonnés les plus vulnérables de nature à les impressionner et nuire à leur santé » (Soc., 8 novembre 2023, n° 22-19.049).

Toutefois, pour bien comprendre la portée de ces décisions, il convient d'observer que, dans tous les cas, le harcèlement ou même les simples propos sexistes étaient adressés par le salarié fautif à un autre salarié de l'entreprise et mettaient donc en jeu l'obligation de sécurité de l'employeur, comme le rappelle parfois expressément la chambre sociale (Soc., 18 février 2014, n° 12-17.557, Bull., n° 52).

Le législateur impose désormais clairement à l'employeur de sanctionner l'auteur de faits de harcèlement sexuel, que la loi qualifie expressément de fautifs.²⁰ En effet, l'article L. 1153-5, alinéa 1, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, prévoit que l'employeur est tenu de prendre « *toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner* » et l'article L. 1153-6 du même code précise que « *tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire.* »

Cette obligation pour l'employeur de sanctionner les agissements de harcèlement sexuel est rattachée à son obligation de sécurité qui lui impose, aux termes de l'article L. 4121-1 du code du travail, de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.* » L'article L. 4121-2 du code du travail précise que l'employeur met en oeuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement de divers principes généraux de prévention qu'il énumère lui imposant notamment de « planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1 ». La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a ensuite intégré les agissements sexistes dans les principes généraux de prévention que doit mettre en oeuvre l'employeur pour préserver la santé et la sécurité des travailleurs.

☞ Soucieuse de la protection de la liberté d'expression, la Cour de cassation juge qu'elle ne peut être soumise à des ingérences que dans les cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et poursuivent donc l'un des buts légitimes énumérés par ce texte, parmi lesquels figurent la protection de la réputation ou des droits d'autrui mais pas, en tant que telle, la dignité de la personne humaine, laquelle, si elle est de l'essence de la Convention, ne saurait être érigée en

²⁰ Cf., en ce sens : P. Adamn, *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, *Harcèlement sexuel*, n° 268 et 269

fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression (Ass. plén., 25 octobre 2019, n° 17-86.605 et Ass. plén., 17 novembre 2023, n° 21-20.723).²¹

La liberté d'expression n'est que rarement invoquée par le salarié pour faire valoir son droit à tenir des propos sexistes. Tel avait pourtant le cas d'un animateur de télévision, licencié notamment pour avoir fait une blague sexiste à la télévision en violation d'une clause de son contrat de travail visant au respect des droits de la personne.

Par l'arrêt Tex, précité, la chambre a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait fait ressortir que le licenciement, fondé sur la violation par le salarié d'une clause de son contrat de travail d'animateur, poursuivait le but légitime de lutte contre les discriminations à raison du sexe et les violences domestiques et celui de la protection de la réputation et des droits de l'employeur et en avait déduit, compte tenu de l'impact potentiel des propos réitérés du salarié, reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes, sur les intérêts commerciaux de l'employeur, que cette rupture n'était pas disproportionnée et ne portait donc pas une atteinte excessive à la liberté d'expression du salarié :

Réponse de la Cour

6. Selon l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.

7. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

8. Il résulte de l'article L. 1121-1 du code du travail que, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.

9. Si la rupture du contrat de travail, motivée par les propos tenus par le salarié, constitue manifestement une ingérence de l'employeur dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression tel que garanti par l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il appartient cependant au juge de vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est nécessaire dans une société démocratique, et, pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif.

10. Pour procéder à la mise en balance des intérêts en présence, la cour d'appel a d'abord constaté qu'aux conditions particulières du contrat de travail figurait une clause par laquelle l'animateur reconnaissait avoir pris

²¹ Commenté par : S. Beret, *Liberté de création artistique vs dignité humaine : fin de la saga judiciaire sur l'exposition Infamille*, Dalloz actualités, 4 décembre 2023

connaissance et s'engageait à respecter l'ensemble des dispositions du cahier des missions et des charges de France 2 et de la Charte des antennes de France Télévisions et notamment « le respect des droits de la personne », comme constituant « une des caractéristiques majeures de l'esprit devant animer les programmes des chaînes publiques de télévision » tandis que la clause figurant à l'article 4.2 du contrat précisait que « toute atteinte à ce principe par Tex, qu'elle se manifeste à l'antenne ou sur d'autres médias, constituerait une faute grave permettant à Sony Pictures Télévision Production, dès que celle-ci en serait informée, de rompre immédiatement le contrat ».

11. Elle a ajouté que la Charte des antennes France Télévisions prévoyait au chapitre « Respect de la personne et de la dignité », en son paragraphe 2.9, le refus de toute complaisance à l'égard des propos risquant d'exposer une personne ou un groupe de personnes à la haine ou au mépris, notamment pour des motifs fondés sur le sexe, et en son paragraphe 2.11, le refus de toute valorisation de la violence et plus particulièrement des formes perverses qu'elle peut prendre telles que le sexisme et l'atteinte à la dignité humaine.

12. La cour d'appel a constaté que le 30 novembre 2017, participant à l'émission « C'est que de la télé ! » sur la chaîne C8, le salarié a été invité à conclure par un dernier trait d'humour et a alors tenu les propos suivants : « Comme c'est un sujet super sensible, je la tente : les gars vous savez c'qu'on dit à une femme qu'a déjà les deux yeux au beurre noir ? - Elle est terrible celle-là ! - on lui dit plus rien on vient déjà d'elle expliquer deux fois ! ».

13. La cour d'appel a ensuite relevé que ces propos avaient été tenus alors, d'une part, que l'actualité médiatique était mobilisée autour de la révélation début octobre de « l'affaire Weinstein » et de la création de blogs d'expression de la parole de femmes tels que « #metoo » et « #balancetonporc » et d'autre part, que quelques jours auparavant, à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 25 novembre 2017, le Président de la République avait annoncé des mesures visant à lutter contre les violences sexistes et sexuelles, rappelant que 123 femmes étaient décédées sous les coups, en France, au cours de l'année 2016.

14. Elle a encore, d'une part, souligné le contexte particulier dans lequel le salarié avait tenu ses propos, au terme d'une émission diffusée en direct et à une heure de grande écoute, dans des circonstances ne permettant pas à leur auteur de s'en distancier pour tenter d'en atténuer la portée, malgré des précautions oratoires qui traduisaient la conscience qu'il avait de dépasser alors les limites acceptables et, d'autre part, constaté que, dans les jours suivants, à l'occasion d'un tournage de l'émission dont il était l'animateur, le salarié, après s'être vanté auprès de l'un des collègues d'avoir ainsi « fait son petit buzz », avait adopté, vis-à-vis d'une autre candidate, une attitude déplacée, consistant en plusieurs questions sur la fréquence de ses relations sexuelles avec son compagnon, qui ne correspondait manifestement pas aux engagements qu'il avait renouvelés auprès de son employeur lorsque celui-ci l'avait alerté sur la nécessité de faire évoluer le comportement qu'il avait sur le plateau avec les femmes.

15. Elle a conclu que le comportement adopté par le salarié dans les jours qui ont suivi son intervention dans l'émission « C'est que de la télé ! », loin de le distancier de la banalisation apparente de la violence vis-à-vis des femmes résultant des termes de la « blague » proférée, renforçait au contraire cette banalisation, sous le prétexte d'une censure imputée à son employeur,

indirectement mis en cause à plusieurs reprises au cours de ces tournages, et que la réitération de propos misogynes, déplacés et injurieux ne permettait pas de retenir la légitimité des transgressions que s'étaient autorisées le salarié en abusant de sa liberté d'expression et en s'affranchissant de la clause d'éthique à laquelle il avait contractuellement souscrit, de tels propos étant, en outre de nature à ternir durablement l'image de la société qui l'employait, clairement menacée par un courrier du 5 décembre 2017 de France Télévisions, exigeant le remplacement « sans délai » de l'animateur en application des clauses contractuelles liant les parties.

16. De l'ensemble de ces éléments, la cour d'appel qui a fait ressortir que le licenciement, fondé sur la violation par le salarié d'une clause de son contrat de travail d'animateur, poursuivait le but légitime de lutte contre les discriminations à raison du sexe et les violences domestiques et celui de la protection de la réputation et des droits de l'employeur, a exactement déduit, compte tenu de l'impact potentiel des propos réitérés du salarié, reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes, sur les intérêts commerciaux de l'employeur, que cette rupture n'était pas disproportionnée et ne portait donc pas une atteinte excessive à la liberté d'expression du salarié.

17. Le moyen n'est donc pas fondé.

Soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852, publié²²

La Cour européenne des droits de l'homme veille bien évidemment au respect de la liberté d'expression, y compris pour les salariés pour lesquels elle relève²³ toutefois que « même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail » (§ 43). Elle rappelle surtout que « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans deux domaines : celui du discours politique et celui des questions d'intérêt général » et qu'un « niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général » (§ 47).

A l'inverse, elle n'accorde pas une protection aussi forte à des propos qui ne sont porteurs d'aucune information, opinion ou idée, au sens de l'article 10 de la Convention, ou qui ne se rattachent, d'une quelconque manière, à aucun sujet d'intérêt général mais s'inscrivent dans le cadre d'un pur divertissement (§80 et 84).²⁴

Dans ce même arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme retient que des sanctions financières importantes, prises par le CSA, à la suite de la diffusion sur une antenne de télévision « de séquences jugées, s'agissant de la première, attentatoire à l'image des femmes et, s'agissant de la seconde, de nature à

²² Commenté notamment par : P. Marguénaud et J. Mouly, À propos de l'arrêt Tex ... D. 2022.1191 ; B. Bossu, JCP S., 2022. 1160 ; P. Adam, Le bouffon du (d)Roi(t), Dr. soc. 2022. 512 outre l'article précité et l'avis contraire de l'avocat général, Dr. soc. 2022. 386

²³ CEDH, 15 septembre 2021, n° [35786/19](#), affaire Melike c. Turquie (Commenté par le Pr. Loiseau, La portée d'un « J'aime » sur les réseaux sociaux, Légipresse, 2021. 424)

²⁴ CEDH, 26 juin 2023, n° [58951/18](#) et [1308/19](#), C8 c. France

stigmatiser un groupe de personnes à raison de leur orientation sexuelle et à porter atteinte à la vie privée, à l'image, à l'honneur ou à la réputation » visent bien « à la protection des droits d'autrui, au sens de l'article 10 § 2 de la Convention » (§77). Elle y indique aussi « que, si le discours humoristique ou les formes d'expression qui cultivent l'humour sont protégés par l'article 10 de la Convention, y compris lorsqu'ils se traduisent par la transgression ou la provocation, et qu'elles ne peuvent être appréciées ou censurées à l'aune des seules réactions négatives ou indignées qu'elles sont susceptibles de générer, elles n'échappent pas pour autant aux limites définies au paragraphe 2 de cette disposition. Le droit à l'humour ne permet pas tout, et quiconque se prévaut de la liberté d'expression assume, selon les termes de ce paragraphe, « des devoirs et des responsabilités » (§85).

Pour juger qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention, la Cour conclut :

103. En conclusion, les séquences litigieuses n'étant porteuses d'aucune information, opinion ou idée, au sens de l'article 10 de la Convention, n'ayant en aucune manière contribué à un débat d'intérêt général, et étant attentatoires à l'image des femmes, pour l'une, et de nature à stigmatiser les personnes homosexuelles et à porter atteinte à la vie privée, pour l'autre, la Cour considère, eu égard aussi à leur impact, en particulier auprès d'un jeune public, aux manquements répétés de la société requérante à ses obligations déontologiques, aux garanties procédurales dont elle a bénéficié dans l'ordre interne, et à la large marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur, que les sanctions prononcées contre cette dernière les 7 juin et 26 juillet 2017 n'ont pas méconnu son droit à la liberté d'expression.

4.4 Application en l'espèce

Pour juger le licenciement nul, l'arrêt retient que celui-ci est partiellement fondé sur un usage non abusif de sa liberté d'expression par le salarié.

L'arrêt rappelle d'abord la règle de droit applicable en ces termes :

Il résulte de l'article L. 1121-1 du code du travail et de l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.

Le licenciement reposant, même partiellement, sur un motif lié à l'exercice non abusif de sa liberté d'expression par le salarié, est nul.

Il relève ensuite que les mails litigieux ont été envoyés, depuis adresse professionnelle du salarié, sur la boîte professionnelle de l'un de ses collègues ainsi qu'à deux autres personnes et énonce leur contenu. Il retient ensuite :

Au vu des éléments soumis à l'appréciation de la cour, l'employeur n'a commis aucun abus dans l'accès aux mails non identifiés comme personnels figurant dans la messagerie professionnelle du salarié qui les avait envoyés quatre ans auparavant depuis sa messagerie professionnelle Tetra France.

Ces mails ont un caractère privé puisqu'ils ont été envoyés à trois personnes dans un cadre relationnel strictement privé, sans rapport avec l'activité professionnelle. Un trouble caractérisé à l'entreprise en résultant ne ressort d'aucun élément. A supposer que la photographie prise par un radar puisse être éventuellement qualifiée de pornographique, aucun fait n'apparaît pénalement répréhensible à ce sujet. De plus, au-delà de leur caractère en partie vulgaire voire graveleux, ces mails ne comportent aucun contenu, s'agissant, notamment, de commentaires humoristiques, excessif, diffamatoire ou injurieux. Les interlocuteurs du salarié sont trois hommes partageant semble-t-il le même humour. Les mails n'apparaissent pas stigmatisants et ne ciblent aucune personne, notamment de l'entourage professionnel du salarié. Pareillement, il ne peut être déduit d'aucun élément que ces mails ont créé une situation de travail dégradante ou humiliante. Ils sont étrangers à tout harcèlement sexuel, y compris en considération de la prévention de celui-ci, notamment par la mise en oeuvre de règles internes affirmant l'engagement de la société Spectrum Brands à ce sujet, n'admettant pas le harcèlement sexuel interdit par la loi et indiquant que « peuvent constituer du harcèlement sexuel », des « commentaires, blagues, images ou remarques et questions, que ce soit verbalement, par écrit ou envoyés par mail, non sollicités, dont la nature ou le contenu est sexuel », étant précisé par ailleurs que l'interdiction de blagues et commentaires du seul fait de leur connotation sexuelle serait regardée comme portant en elle-même une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du salarié.

Le mémoire ampliatif rappelle l'importance du sexisme dans le monde du travail, en se fondant notamment sur le dernier rapport du Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes lequel souligne le lien entre le sexisme ordinaire, trop souvent considéré comme bénin, et ses suites en matière de domination et de violence. Il insiste sur la nécessité, pour parvenir à une égalité réelle entre homme et femmes, de prévenir ces agissements sexistes et, par conséquent, de condamner les propos ou agissements attentatoires à la dignité des femmes.

Il en déduit que l'entreprise ne saurait ni permettre la diffusion de propos ou d'images stigmatisants les femmes et portant atteinte à leur dignité ni laisser le sexisme ordinaire se banaliser en son sein alors même que l'employeur est désormais tenu de lutter contre les discriminations à l'égard des femmes, le harcèlement sexuel et les agissements sexistes et d'adopter à cet égard des mesures de prévention, ce qui suppose qu'il puisse sanctionner des salariés qui diffuseraient des images et propos attentatoires à la dignité de la femme.

Il invite en conséquence la Cour de cassation à préciser la démarche qui doit être suivie par les juges du fond lorsqu'est en cause la liberté d'expression du salarié et soutient que c'est au mépris des principes qui régissent la liberté d'expression du salarié et la nécessaire condamnation de la diffusion de propos et images stigmatisants les femmes et attentatoires à leur dignité que la cour d'appel a prononcé la nullité du licenciement. Il soutient encore que la diffusion de messages attentatoires à la dignité de la femme depuis la messagerie professionnelle, à un salarié de l'entreprise et à des tiers à l'entreprise, ne relève pas de la vie privée.

☞ Première à quatrième branches du moyen

Le moyen reproche à la motivation de l'arrêt de ne pas permettre de saisir, en droit comme en fait, le sens et le fondement de la décision ni même selon quelle logique

la cour d'appel s'est déterminée.

La première branche du moyen reproche à l'arrêt une violation des articles 12 et 455 du code de procédure civile faute d'avoir mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle : elle soutient que sa motivation fait ressortir une confusion entre les exigences des dispositions de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de l'article L.1121-1 du code du travail et de la limitation issue de l'abus, dont l'arrêt a fait, pour chacune, une application partielle sans qu'il soit possible de déterminer selon quelle logique et quel fondement la cour d'appel a statué

Le mémoire ampliatif explique que les trois fondements paraissent mélangés et que les étapes de son contrôle sont difficilement saisissables : selon lui, les éléments du contrôle issu de l'application de l'article 10 de la Convention ne ressortent pas de la motivation qui ne fait pas apparaître la recherche de ce que la mesure était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

Le mémoire en défense fait valoir que l'arrêt attaqué s'est conformé à la jurisprudence de la chambre sociale qui puise dans l'article 10, § 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme la valeur fondamentale de la liberté d'expression puis vérifie s'il peut être apporté à cette liberté des restrictions justifiées par la tâche à accomplir par le salarié, le cas échéant, proportionnées au but recherché, à défaut de quoi seul l'abus peut être réprimé.

Il ajoute que, en tout état de cause, l'atteinte portée aux articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie, en soi, la nullité du licenciement portant atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et que, par ce fondement juridique, éventuellement substitué à ceux de l'arrêt attaqué, la décision déferée se trouve légalement justifiée.

La deuxième branche du moyen reproche à l'arrêt d'avoir violé l'article 10 de la Convention européenne en visant ce texte mais seulement partiellement et sans vérifier, d'abord, si la mesure prise par l'employeur était prévue par la loi, ensuite, si elle était légitime et enfin, si elle était nécessaire au regard des restrictions expressément visées par l'article 10 §2 de la Convention.

Le mémoire en défense soutient que cette branche manque en fait car la cour d'appel a bien vérifié si la mesure prise par l'employeur était prévue par la loi, ensuite, si elle était légitime et enfin, si elle était nécessaire dans une société démocratique au regard des restrictions expressément visées par l'article 10 §2 de la Convention.

La troisième branche reproche à l'arrêt un défaut de base légale, au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail, faute d'avoir recherché, ainsi que l'y invitait l'employeur, si la sanction de la diffusion, par un salarié cadre dirigeant disposant d'un niveau élevé de responsabilités, depuis sa messagerie professionnelle, d'images et propos au contenu stigmatisant et attentatoire à la dignité de la femme à l'adresse d'au moins un de ses subordonnés, n'était pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché et notamment, si un employeur n'est pas tenu de sanctionner tout propos ou échange attentatoire à la dignité de la femme et de prévenir les agissements sexistes.

Dans ses conclusions, l'employeur indiquait que l'article L. 1153-5 du code du travail impose à l'employeur de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner et soulignait que sanctionner les propos humiliants et dégradants à l'égard des femmes, c'est prévenir les faits de harcèlement sexuel. Il ajoutait que les mails n'avaient pas été envoyés dans un cadre privé et confidentiel mais à un partenaire commercial, un ancien salarié de l'entreprise et à l'un de ses collaborateurs, collègue de travail du salarié licencié, depuis sa messagerie professionnelle et sans être identifiés comme personnels.²⁵

Selon le mémoire ampliatif, si l'atteinte à la liberté d'expression est appréciée à la lumière des dispositions de l'article L.1121-1 du code du travail, il convient alors de rechercher, non pas si le salarié a abusé de cette liberté d'expression mais si l'atteinte qui y a été portée par l'employeur était admissible, ce qui nécessite d'apprécier la justification et la proportionnalité de la mesure de licenciement.

Le mémoire en défense soutient que cette branche manque, elle aussi, en fait : elle prétend d'abord que le salarié aurait diffusé des images et propos au contenu stigmatisant et attentatoire à la dignité de la femme alors que la cour d'appel a estimé le contraire en analysant les pièces produites ; elle soutient ensuite que la cour d'appel n'aurait pas recherché si la sanction de la diffusion, par un cadre dirigeant, depuis sa messagerie professionnelle, des mails litigieux, à l'adresse d'au moins un de ses subordonnés, était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché alors que la cour d'appel a retenu que ces mails litigieux étaient sans rapport avec l'activité professionnelle et avaient été envoyés à trois hommes partageant le même humour, le positionnement hiérarchique n'excluant pas un tel humour commun.

La quatrième branche reproche à l'arrêt une violation des articles 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et L. 1121-1 du code du travail dès lors que ces derniers ne limitent pas lesquels ne limitent pas le contrôle des atteintes à la liberté d'expression à celui de l'abus.

Le mémoire ampliatif souligne qu'il n'est pas suffisant de vérifier, au vu du contexte et d'une certaine conception de ce qui est normal de dire ou pas dans l'entreprise, si le salarié a été ou non excessif, diffamatoire ou injurieux. Il ajoute qu'un tel contrôle ne permettrait pas d'intégrer le triple test de légalité, de légitimité et de proportionnalité imposé par l'article 10 de la Convention européenne.

Le mémoire en défense soutient que cette branche est inopérante dès lors que, en l'absence de législation particulière interne et de sanction justifiée par la nature de la tâche à accomplir, la liberté fondamentale d'expression ne trouve de limite que dans son exercice abusif.

☞ Cinquième à huitième branches du moyen

Les cinquième à huitième branches du moyen reprochent à l'arrêt d'avoir violé l'article 10 de la Convention européenne, l'article L. 1121-1 du code du travail ainsi

²⁵ Conclusions de l'employeur, [prod. n° 5](#), p. 12 et 13 puis 37

que le principe selon lequel le salarié jouit dans l'entreprise de sa liberté d'expression dans la limite de l'abus

La cinquième branche affirme que l'usage abusif de la liberté d'expression est nécessairement caractérisé lorsqu'il est attentatoire à la dignité humaine et notamment à celle de la femme. Elle reproche donc à l'arrêt de violer les textes susvisés en retenant que les messages diffusés par le salarié, à partir de sa messagerie professionnelle, ne comportaient aucun contenu excessif, alors qu'ils comportaient des propos et images stigmatisants et attentatoires à la dignité de la femme qu'il appartenait nécessairement à l'employeur de sanctionner.

Le mémoire en défense fait valoir que les courriels litigieux n'ont aucun caractère sexiste, humiliant ou offensant, ni ne s'apparentent, de près ou de loin, à des agissements de harcèlement sexuel.

La sixième branche reproche à l'arrêt de se borner à affirmer que les mails ne comportaient aucun contenu excessif, sans rechercher si la sanction de l'envoi de mails comportant des images attentatoires à la dignité de la femme, ne constituait pas une obligation pour l'employeur tenu d'assurer la protection de ses salariées contre les discriminations, le harcèlement sexuel, les agissements sexistes et plus particulièrement d'assurer la prévention de tels agissements.

Le mémoire ampliatif insiste sur le fait que l'employeur est un des acteurs essentiels dans la lutte contre les discriminations, les agissements sexistes et le harcèlement sexuel et qu'en sanctionnant le salarié, il n'avait fait que respecter ses obligations de prévention de tels comportements. Il souligne qu'il serait aporétique que l'employeur soit sanctionné lorsqu'il ne prévient pas les agissements sexistes, discriminatoires ou de harcèlement sexuel et qu'il ne soit pas en mesure de sanctionner ses salariés qui diffuseraient à d'autres salariés et tiers de l'entreprise et depuis la messagerie de l'entreprise des images et propos sexistes et attentatoires à la dignité de la femme.

Il ajoute que, en l'espèce, la société SPB a été condamnée à payer au salarié une somme de plus de 300 000 euros alors que le licenciement n'avait pas d'autre but que de sanctionner la diffusion de messages dégradants et humiliants pour les femmes.

Le mémoire en défense déduit de l'absence de tout caractère sexiste des mails litigieux que cette branche est inopérante, la protection des salariées étant alors sans pertinence.

La septième branche reproche à l'arrêt de se borner à affirmer que les mails ne comportaient aucun contenu excessif sans tenir compte de la position du salarié dans la hiérarchie lequel était cadre dirigeant, de ce que les mails ont été notamment adressés à un de ses subordonnés et à des tiers de l'entreprise depuis sa messagerie professionnelle, du constat du sexisme ordinaire subi par les femmes dans le monde du travail et de son rôle dans les discriminations, harcèlement et violences qu'elles subissent, des luttes entreprises par les associations et les pouvoirs publics pour qu'il soit mis fin aux propos et agissements stigmatisants à l'endroit des femmes et attentatoires à leur dignité et plus généralement, de la nécessité de protéger la dignité de la femme.

Le mémoire en défense fait valoir qu'il ne s'agit pas d'apprécier le degré de gravité du manquement imputé à faute au salarié, qui pourrait être déterminé en fonction de sa position de cadre, mais uniquement le caractère effectivement fautif de celui-ci.

La huitième branche reproche à l'arrêt de retenir qu'étaient seulement en cause des blagues et commentaires humoristiques vulgaires et graveleux, cependant que la photo du radar comme le calendrier véhiculaient une image stéréotypée, dégradante et attentatoire à la dignité de la femme.

Pour les motifs déjà exposés et en l'absence de tout caractère sexiste des mails envoyés, le mémoire en défense soutient que cette branche est mal fondée.

Neuvième branche

La neuvième branche du moyen reproche à l'arrêt de retenir que les mails adressés par le salarié avaient un caractère privé alors qu'ils avaient été envoyés depuis sa messagerie professionnelle et, notamment, à l'un des salariés de l'entreprise et à des tiers à celle-ci, de sorte qu'ils étaient nécessairement rattachables à la vie professionnelle.

Le mémoire ampliatif souligne à ce propos que l'envoi à des tiers de tels messages depuis la messagerie professionnelle par un cadre dirigeant véhicule une image dégradante de l'entreprise, alors même que celle-ci avait tout particulièrement soin de lutter contre toute forme de harcèlement sexuel et plus largement de sexisme.

Le mémoire en défense soutient que la critique est dirigée contre un motif surabondant dès lors que la cour d'appel a retenu l'absence de tout abus dans la liberté d'expression.

Il ajoute que la critique est dénuée de fondement, un fait de la vie personnelle du salarié ne pouvant justifier un licenciement disciplinaire de sorte que la cour d'appel n'a pas commis aucune erreur de droit en retenant que les trois courriels envoyés par le salarié revêtaient le caractère d'une conversation privée laquelle ne pouvait être sanctionnée par un licenciement disciplinaire.

Il appartiendra à la chambre de dire si l'arrêt encourt les critiques du moyen en se prononçant d'abord sur la neuvième branche : la réponse à ce grief déterminera en effet si les faits reprochés au salarié entraînent, ou non, dans le champ permettant à l'employeur de prononcer une sanction disciplinaire.

Si tel est le cas, il lui appartiendra d'apprécier s'il convient de faire évoluer le contrôle de l'exercice de la liberté d'expression par le salarié notamment lorsque les propos de ce dernier ne visent pas à critiquer l'employeur, l'entreprise ou les salariés qui y travaillent et d'apprécier alors si la motivation de l'arrêt permet de répondre aux exigences de ce contrôle.

A l'inverse, si la chambre retient que l'employeur ne pouvait pas sanctionner les propos tenus à titre strictement privés par le salarié, malgré l'utilisation de la messagerie professionnelle, elle pourrait envisager de prononcer une cassation sur un moyen relevé d'office tiré de ce que, si le licenciement prononcé pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, il

n'encourt pas la nullité pour ce seul motif. Si, à l'issue de son délibéré, la chambre retenait cette analyse, il conviendrait alors de juger que la cour d'appel ne pouvait pas prononcer la nullité du licenciement et aurait dû, après avoir écarté le grief portant sur des faits relevant de la vie personnelle du salarié, examiner les autres griefs énoncés par la lettre de licenciement.